

法と道德の区別理論の検討

—H・L・A・ハートとL・L・フラーの論争—

布 川 玲 子

本論文は、法と道德の区別をめぐる、それを主張する立場＝ハート教授と、否定する立場＝フラー教授との間に交された論争を扱う。文献は次の通りである。

“Positivism and the Separation of Law and Morals”—H.L.A. Hart, *Harvard Law Review* 1958 Vol. 71, No. 4.
“Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart”—L. L. Fuller, *Harvard Law Review* 1958 Vol. 71, No. 4.

一 ハートの「区別」理論

ハートは、この論文に於て、一九世紀初頭の効用主義者たち、就中、オースチンとベンサムによって主唱されて以来、イギリス法理学の伝統となった“在る法”と“在るべき法”とを区別する主張に対抗して今日台頭してきた知的理由と実践的理由からする諸批判を論駁し、「区別」の知的・実践的価値を確保する。

まず、ハートは、効用主義者たちが主張したところを跡づけて、法理学に於る伝統を為す彼らの理論として、①規

範概念の分析的研究、②法の命令理論、③「区別」の理論、を挙げる。そして、これらは別々の理論であって、命令理論の誤りを以って「区別」の誤りとすることはできない。その外、法実証主義という名称に於て、決して効用主義者たちが主張しなかったいくつかの理論がそれぞれの区別も曖昧なままに一括して批判の対象となっている、と指摘して、これらの混乱を整理し、彼らの「区別」の主張の意図を明確にする。

ここで、効用主義者たちに関しては、①法の解釈と適用に於る形式主義、②価値に関する不可知論、③法と道德の相互性の否定、については無罪であることが明らかにされる。更に、実践的社会改良者としての効用主義者たちに於て、いかに「区別」の理論が実践的価値をも有していたかを鮮やかに描出している。このようにして、ハートは、効用主義者たちの「区別」の主張、即ち、「①明言された憲法上又は法律上の規定がなければ、ある規則が道德基準を犯した、という単なる事実から、それが法規則ではない、ということとは導き得ない。②逆に、ある規則が道德的に望ましいという単なる事実から、それが法規則である、ということとは導き得ない。」という主張が、知的批判にも実践的批判にもよく耐えるものであったことを証明する。

しかし、オースチン、ベンサム以後に発展した批判の中で、①その意味について議論の余地がある法規範の解釈と適用の問題、②法体系の問題、この二つに於ては、一見、「区別」の再考が求められている、と言えそうである、ということ、ハートは、この二つの問題と、実は、「区別」の主張とは結合していない理論であるが、「区別」の批判者たちを最も悩ませているので、③価値についての相対主義等の問題を加えて、知的問題として検討する。

I 「区別」理論の知的検討

i 意味に疑義のある法規範の解釈と適用の問題

効用主義者たちは、意味に疑義のない法規範を念頭に置いていたので、「区別」を主張し得たが、意味に疑義のある法規範が問題となる時、「区別」は否定されるはずである、という批判がある。司法過程の批判的研究の中から生まれた、一九三〇年代のリアリズム法理学の学者たちによれば、ある法規則（例えば、「公園に乗り物を入れることを禁ず」）中の一般的な単語（乗り物）と、それが指す具体事例との対応に於て、それを指すことに疑問を生じない基本事例Ⅱ意味の核心部に於る事例（例えば、自動車）と、それを指すことに疑問を生じる事例Ⅰ（乗り物という語の）半影部に於る事例（例えば、三輪車）とがある。そして、この半影部の事例は、人類の開発と自然の進行過程によつて、常に増大され続けている。ところで、この半影部の事例への法規範の適用は、論理的推論の問題ではあり得ず、ここに於ては誰かが決定の責任を負わなければならない。そしてその決定に合理性（正しさ、健全さ）を保証するものは、法は何であるべきか（ought）についてのある種の概念である。従つて、半影部の事例の増大、一般化は、法理論としての「区別」理論の再検討を求める。以上が、ハートによるリアリストたちの主張の骨子である。

このようにリアリストたちの「区別」批判をそのもっともらしさに於て充分提示した後、ハートは彼の反論を続ける。——しかし、「べきである（ought）」とは、批判の何らかの基準があるということを示すにすぎない。そして道德基準は、その一つにすぎない。また、たとえ「半影部に於る合理的決定は、必ずしも道德的原理ではないにせよ、企図、目的、政策といったものに導かれねばならない」という主張が正しいとしても、この結論を「区別」の否定にま

でもっていくことには反対である。というのは、半影部の問題は、もっと神秘的でない言い方で表現できるし、たとえば、ボーダーラインがあるとしても、まずラインがあるからである、と述べる。つまり、半影部の問題という法の部分的問題から、法の概念についての普遍的結論として、法と道德の融合を語るとは、全ての法の問題を半影部の問題としてしまうことになる。それ故「区別」を否定してまで、半影部の問題の考察からの帰結を強調しすぎるべきではない、とハートは考える。

ii 「法体系」の問題

個々に捉えられた諸法規範に関しては正しくないが、全体として考察された法体系にあっては真であり、重要な事柄が沢山ある。在るべき法と、広義に於る在る法¹¹法体系との関連もそのような事柄の一つであると言えそうである、とハートは認める。

しかし、ハートは、法体系のような多面的かつ曖昧な概念との関連で、その全体に対する何か一つの要素の本質的(essential)な性格とか不可欠性(necessity)について論じるときは、“歩なしで将棋をしても将棋たり得るか”といった類の無味乾燥な議論になり易い、として、「法体系が法体系であるためには、何らかの道德的もしくはその他の標準にまで達していなければならないかどうか」という問題を、次のような事実を單純に述べることで切り捨てた、という。①全く道德的もしくはその他の標準を満さないような法体系は、今まで存在したことはなかったし、又存在しても長続きしなかった。②法体系は、ある種の正義の形態を目指す、という推定は、現実の法規範適用過程全

般に染み亘っている。③もし、この推定が満されないとしたら、人は恐怖以外には服従する根拠をもたないし、ましてや服従の道徳的義務など全くもたなくなってしまうだろう。

ここで、法体系にとつての道徳的要素の不可欠性が、事実として認められたわけであるが、それ以上進めて、論理的なものであるかどうか、即ち法の意味の一部を為すかどうかという問題については、ハートは、哲学者の純粹な楽しみに委ねたい、とする。つまりハートは、法体系として考えられた広義の法と道徳的要素との関連を必要不可欠な事実としては認めるが、それ以上進めて、法理論の問題として、法と道徳の「区別」を捨てることは拒否する。

尚、付言すれば、ハートは、法体系に不可欠な条項の具体例として、殺人、暴力、盗みを禁じる基本的な道徳原理を、我々の身体の偶々現在の状況下に於て認められる自然的不可欠性である、という言い方で認める。外に、法の内容ではなく、執行上の正義として、似たような事例は似たように扱うべしという原理、即ち客観性と公平の原理を法体系の概念中に既に内包されているものとして認める。

iii 価値についての不可知論、相對主義、主觀主義の問題

効用主義者たちは、これらの議論のいかなるものも採っていない。しかし、たとえ不可知論等に対する反論を受け入れても、「区別」の理論には何らの支障もない、とハートは言う。つまり、不可知論を否定して、「法の道徳的探求は、何か論証され得るものである」ということを受け入れても、ある規範が、何を為されることとして要求したか、という言明に確実に続けて言えることは、「その規範は道徳的には悪である。それ故、法であるべきではない」もし

くは、逆に「その規範は道德的に望ましい。それ故、法であるべきだ」ということだけで、このことは、その法を、法であるもの、もしくは法でないものとしては示さない。そこで、不可知論等に対する反証が「区別」の否定へとつながるためにはもっと何か特殊なことが述べられねばならない。ということ、ハートは、フラーの「意味に疑義のある法律の適用に際しては、規則の自然的練成 (natural elaboration of the rule)」というべきような場合があり、ここでは、在ることと、在るべきことの融合例が認められる」という指摘を採り上げる。しかし、ought はイコール morals ではないし、更にフラーの指摘するような場合はむしろ例外で、選択とか命令と解した方が、疑義のある法律の適用過程の現実に対応している、とハートはいう。

II 「区別」理論の実践的検討

i 「区別」の実践的価値

「区別」の理論に対する実践的批判とは、ハートによれば、最悪の傾向としては国家の暴政もしくは専制に対する抵抗を弱める、最良の傾向としても法を尊敬されないものとしてしまふ、というものであるが、この批判に関して効用主義者たちは全く無罪である。

効用主義者たちは、熱烈な改革への情熱をもつと同時に、たとえ権力が自分たち改良者たちの手中にある時でさえも、権力の濫用を制限することを承認していたし、ベンサムは、「きちんと従い、自由に批難する」であった。更に、フランス革命を目撃したベンサムは、事態は、この処世訓ほどには生やさしいものではないことを知るが、

フランス革命の考察に於てかえって「區別」の無視からくる危険性を見て、「區別」理論の確証を得る。即ち、①アナキストに於る混同Ⅱ「これは法であるべきでない。従つて法ではない。そして私はこれを批判するのが自由であるのみならず、無視するのも自由である。」②反動に於る混同Ⅱ「これは法である。従つてこれは在るべきものである。」——そして批判をその息の根に於て止めてしまふ。①に於ては、法及びその權威が、法がいかなるもので在るべきかについて、人が抱く概念の中に解消してしまふ危険性があり、②の中には、存在する法が行為の究極的判定 (final test) としての道徳を押しつけ、批判を免れてしまふ危険性がある。ここに於て我々が、この二つの危険性の間をぬつて舵をとることを「區別」の理論が助けてくれるとベンサムは考えた、とハートは言う。

オースチン、ベンサム以後、ナチスの独裁によつてひき起された問題は、正にこの点に關っている。即ち、惡法の存在によつてひき起された問題に対処する「區別」理論である、とハートは考える。

ii ラードブルフの転向

ナチスの体験を経たラードブルフは、それまでの「區別」の立場を捨て、「人道主義的道徳の基本的諸原理は、Rechtもしくは、legality の概念の一部を成し、いかなる実定法も、たとえそれが明瞭に表現され、所与の法体系に於る形式上の有効性基準と一致していても、もしこの道徳の基本的諸原理に違背するなら、有効なものたり得ない」という結論に至った。

ハートは、ラードブルフのこの体験に基づく痛切な訴えともいふべき主張には感銘を禁じ得ない、としながらも、

そこに見られる混乱の要素を次のように指摘する。即ち、彼の発言のことごとくが、単なる事実、即ちある規則は有効な法規範であると言われるであろう、ということに対して、それがあたかも一度公布されれば最終的な道德的質問「この法規範は従われるべきか」に関してまで決定しているかのように、そこに驚くほどの価値を置いてゐる。しかし、「法は法」というスローガンもしくは「区別」のあらゆる邪惡な用い方に対する真に自由な解答は、「確かにそうである。しかし、このスローガンなり法と道德の区別は、設問の解答を決定しない。法は道德ではない。法をして道德にとって代らしめることなかれ」である、とハートは言う。

iii 戦後ドイツの判決

後にハート自身、彼の著書「法の概念」の注に於て認めているように、この論文に於るハートには、事實の誤認があると言われているし、判決の原文を照合しないとこの件につき述べられていることの詳細を辿るには無理があるのだ、ここでは、判決をめぐる議論の詳細は省く。^注ただ次のハートの発言は判決に対する批評としてではなく、「区別」理論の實踐的価値をよく語るものとして注目される。

もし、我々がラードブルフの見解を採用し、彼及びドイツ法廷と共に、惡法に対する我々の抗議がある種の規則はその道德的不正の故に法たり得ない、と主張する形でなすならば、我々は最も單純であるが故に最も力強い道德的批判の形式の一つを混乱させることになる。もし効用主義者に倣うならば、「法は法であろう。しかしそれはあまりに惡であるので従えない」ということであろう。これは誰にでも理解できる道德的批判の一つであり、道德上の注意

(moral attention) を即座に且つ明白に要求する。他方もし我々が、我々の反論をこれらの悪い事柄は法ではない、という主張として形式化するとこれは多くの人々が信じない主張となってしまう。そこで、ここに於る教訓は、効用主義者たちの重要な教訓の一つ、「我々が簡明な弁論のための充分な論拠を得ているなら、我々は、制度の道德的批判を議論を含む哲学の提言として提示すべきではない。」ということである。

この引用から、また、ii に於て述べられているところからも、ハートが「道德」をいかに貴重なものと考えているかが分る。法に対する最終的テストとしての道德の位置を確保するための「區別」理論であり、実証主義に対する一般の印象を完全に斥ける。

注 この判決については、矢崎光圀教授の以下の文献に詳しい。「ナチスの法律の効力と順法をめぐる論議について——「法解釈学及び法哲学の諸問題」所収論文一九六二年有斐閣。「法実証主義」一九六三年日本評論新社 第一篇第一章第三章。

二 フラーによる「區別」理論批判

フラーは、彼の論文の冒頭に於て、ハートの論文は、「初めて、法と道德の區別にその相違が集中している諸見解の間に真に実りある交流の道を拓いた——これが彼の議論の主たる価値である」と述べる。即ち、ハートは、「兩陣営（実証主義の立場と反実証主義の立場）に共通する主たる課題として、法への忠誠 (fidelity to law) という問題、即ち我々はどのようにしたら法への忠誠という觀念を最も良く定義し、それに仕えることができるか、という課題を「區別」をめぐる論争に持ち込んだとして評価する。しかし、すぐ続けて、「ハートはこの議論の枠組の拡大が必然的

に含む意味に氣付きそれを受け入れることに失敗した——これが彼の議論の主たる欠点である」と結論づける。そしてフラーは、「法への忠誠」という課題を第一義に据えて、ハートの議論を批判してゆく。(以下の項目は、フラーの論文の項目に従う。)

i 法の定義

ハートは、ベンサム、オースチン、グレー、ホームズを、彼らの法の概念に関する相違を承知した上で無視して、彼らは皆、法と道德の「區別」の立場をとる、という点で関連づけ、そこにハート自身もつらねる。しかし、「法」という言葉に対して知的明白さに資するような意味を規定することだけが我々の課題であるならそれでよいが、法への忠誠を課題にとり入れるとなると事情は異なる、とフラーはいう。ここに於ては、彼らの法概念の内容が問題となり、現実の課題に対する教訓がそこから引き出されようとする。ところが、「もし、全ての実証主義学派が、そのような時(＝憲法改正権が、各州の等しい上院への代表権を奪おうとする時)に提出すべきことが、次のような觀察、即ちどのように法を定義するとしても、(＝ベンサムのように、最高立法権に対する憲法的制限を認めることにしよう、とオースチンのように、それを認めないことにしよう、と)それは何か道德とは別のことである、ということであるなら実証主義学派の教えは我々には大して役立たない」とフラーは言う。そこで、「ハートの論文はこのままでは不完全であり、彼が求める終着点(＝法への忠誠の確保)に到達し得るためには、法への忠誠義務を意味あるものとするような法の定義に彼自身、もっと接近して係らねばならなくなるだろう」とフラーは示唆する。

ii 道德の定義

ハートが道德 (morality) について語る時、オースチンやグレーと同様、何であるべきか (ought) についての法概念以外の全ての諸概念を無差別に考えており、不道德的なきであるや不正なきであるに言及している。ここでハートは、もっと道德を法の中に注入することを希う者に対して、現実に注入された道德は彼らが望んでいるものではないかも知れない、という警告を与えている、とフラーは考える。これに対しフラーは次のように反論する。①悪い目的は、良い目的に比べ(法にとり入れられるに足る)一貫性 (coherence) と内的論理 (inner logic) をもたない。(法はむしろ良い目的の実現に向って進む。)②判決に於て悪い目的を実現しようとする裁判官は、高次法(=道德)の適用によって現行法規範を停止することよりも、「法は法」の隠れ養を利用するだろう。③たとえ最も邪悪な体制にあっても、惨忍、不寛容、非人間性を法文にすることにはある種のためらいがある。これは法と道德の区別からではなく、正に法と何人も口に出すのを恥じる必要のない、最も緊急且最も明白に正当化され得るような道德の要請との同一視からくる、ということは明白ではないだろうか。④司法過程全般に於る現実の問題は、非道德的道德の法への侵入ではなくて、「法は法」の形式主義である。

以上の理由からフラーは、悪い道德の侵入を阻止するという「区別」の一つの利点を否定すると共に法と道德の一致を示唆する。

iii 法秩序の道德的基盤

ハートは、オースチンの「法の命令理論」の誤りを明白かつ簡潔に示す中で、法体系の基礎は強制力ではなく、ある「基本的な法制定手続を特定化する、基礎的な受容された諸ルール (fundamental accepted rules specifying the essential lawmaking procedures)」(以下「承認のルール」とする)であると述べている。ここで「フラーは、ハートはここから「区別」理論の修正を行なうと期待した、という。というのはフラーによれば、これらの「承認のルール」は、その効力を正しく必然的であるとの一般的受容から得ている道徳のルールであり、これらのルールは法体系の毎日毎日の機能に於て頻繁に適用される。それ故ここには法と道徳の融合が見られるからである。

しかし、フラーの期待に反して、「驚いたことにはハートは、法そのものの自体を可能なものとする基本的なルールの性質には全く触れずにその代り、彼の注意を実証主義批判の側に於る思考の混同、と彼が考えるところに向けた。」即ちハートはオースチンの命令理論と区別の理論を引き離し、前者の誤りを以て後者の誤りとすることはできない、とする。しかしフラーによれば、これはハートの誤りで、オースチンがその鋭い頭脳の働きのことごとくは命令理論の放棄に向っているにも拘らず、そこに留まったのは、承認のルールが道徳のルール(オースチンは、「実定道徳」であると考えたという)であることを承知していたので、そこに進みたくなかったからである。つまり「区別」に執着したが故に命令理論に執着したのであり、両理論の誤りは結合したものである、という。

次に法体系の基礎としての成文憲法を考えた場合、成文憲法下に機能する立法府が巧みに制定法を起草することによって、その成文憲法が確立しようとした諸制度の土台を侵蝕することができる。——これは現実的な問題である。いかなる成文憲法も自ら執行するものではあり得ない。そこで効果的であるためには、我々が通常の制定法に対して

示す、尊敬を以った服従のみならず、我々が積極的に信じる道徳原理に向けて行なうような「努力の自発的収斂(willing convergence of effort)」をも要求する。即ち成文憲法は、効果的であるためには受容されねばならない、少なくとも暫定的にであれ、単に法としてではなく良い法として受け入れられねばならない、とフラーは言う。そして、このように法の忠誠理念と深い係りのある問題に効果的に取り組み、この理念の現実化に努力する道を実証主義は拒否する、とする。

iv 法それ自体のもつ道徳

フラーはハートのいう法と道徳の区別を「秩序と良い秩序」の区別の問題に置き換えて語る。そして、法のもたらす秩序は「機能している秩序」であって共同墓地の秩序ではない。この静止していない秩序は、フラーの考えでは少なくとも何らかの基準からみて、機能しているとみなされるに足る程には善でなければならず、秩序と良い秩序との間に区別を引くことはそもそも無理である、という。

又たとえ仮に区別できるとしても秩序の概念それ自体、道徳的要素と呼ばれ得るようなものを内包するという。その証明としてフラーは、「彼の言葉だけが彼の臣民に知らされる唯一の法であるような絶対君主」を想定する。この絶対君主が何らかの法秩序を得るためには、彼の言葉と行為の間に意味のあるつながりを創り出すような最低限の自己抑制と、はっきりと命令を発し、その責任を引き受ける積極的な態度とが必要である。そしてこの必要性の実現は、君主自身に宛てて、罰則を伴う命令を発したところで無駄なことで、君主自身の自覚を俟つ外ない。ここに於て、

単に秩序として考えられた法の中にも、それ自身の黙示の道德（internal morality of law itself）が内包されていること、法それ自身はこの道德を存在させるに至らせるには無力であることが分る、という。

法は法の上には築かれ得ない——このことは、法秩序の道德的基盤として、法を創り出す權威にそれが主張する權能を付与する道德上の対応（moral attitudes）、即ち法を可能とする、法の外部にある道德（a morality external to law）として、既にフラーは、iiiに於て触れている。しかしここで、更に、これだけでは我々は法をもつに到らない、と述べる。一国民の生活にあつては、法の外在的道德と内在的道德は相互的に影響し合っており、一方の頽廢はほとんど必然的に他方の頽廢を生む。つまり法の内在的道德と外在的道德の兩者相俟つて初めて法秩序が成立する、という。

ハートはこの法の内在的道德について、法の執行に於る正義としてちょっと触れるだけで分析を加えない。このことが彼をして、法を人間の經驗の中に投入された一つの資料（a datum projecting itself into human experience）と扱わせることになる、とフラーは考える。しかし、フラーによれば、法は人間の努力の対象である。従つて法体系の存在の問題は、常に程度の問題である（a matter of degree）。つまり、ナチス体制によって引き起された問題を扱うに際し、ハートの法の理解では、フラーによれば、「ナチス体制下には、たとえ悪法であつたにせよ、法があつた」という問題で片づいてしまふが、フラーの法の理解に於ては、「ナチス体制下において生じたあらゆる形態に亘る社会秩序の一般的墮落から、法体系はどの程度、生き永らえたか」という問題の考察から始まり、そのような体制下に生きることを強制された良心的市民にとって、この骨抜きにされた法体系はいかなる道德的意味をもつのか、と

問うことになる。

次いでフラーは、法実証主義が法への忠誠理念の実現に無能であることは、このナチス体制の問題だけでなく、現在の日常的諸問題からも明らかであるとして、最高裁判所の抱く法概念や道徳的確信と異なるそれらを、最高裁と同程度の強さに於て抱く判事たちを想定する。ここで、この判事たちの苦境に対し実証主義者の「区別」は何の助けも与えない。判事たちの法への忠誠義務を、法をその在るべきものとする彼らの責任を内包する文脈に於て把えた時に初めて、彼らの苦境は解消される、という。また、このような窮地は、法と良い法が共に不断の新生を要し相互的に働く人類の成果とみなされており、法律家は依然として少なくとも「何が良い法であるか」を問うことに何が法であるかを問うのと同程度の興味をもっているような国にあっては生じないと思う、と結ぶ。以上、本項に於るフラーは彼独自の法概念を展開して「区別」理論に対抗する。

▼ 法も正義も無視した体制が崩壊した後、に於る法と正義への尊敬回復に関する問題

ナチス体制崩壊後ドイツ法廷は、法の名の下に犯されていたあらゆるナチスの邪悪（＝正義の逆用）の結果を新政府に繰り越すことはできないし、またナチスの独裁政権そのものの全体を不法と宣告したり、ナチス体制下に発する全ての判決や法令を無効と扱うことも不可能である、という窮地に立たされた。——ここから本項の題目の課題が始まる。ここで、実証主義の敗北と自然法理論の勝利の象徴として一般に語られ、ハートの批判の対象となった判例（自分の個人的な敵又は、厭になった配偶者を追放するためにナチスの法律を利用した密告者たちの判例）がとりあげら

れるが、先に触れた理由により、ここでも判例に基づく議論の詳細は省き結論にだけ触れたい。

ハートは、ドイツ法廷及びラードブルフが「ある法律が充分に悪である時には、それは法であることを止める」との単なる言い抜けによって直面すべき問題（＝道德上のディレンマ）から逃げ去った、と酷評するがこの批判は正当ではない、とフラーはいう。というのは、裁判所に関する限り、「これは法ではない」と言う替りに、「これは法ではある、しかしあまりにも悪であるので我々はそれを適用するのを拒否したい」と述べたとしたら、きっと事態は解消されなかったであろうし、その時道德上の混乱はその高みに達するからである、という。また、ラードブルフに関しては、明らかに道德上のディレンマを承知しており、彼自身「法的不法 (statutory lawlessness)」という概念や順当に制定された法律に対して法たる資格を拒否することの中に、「法の支配 (rule of law)」にとってどんなに恐ろしい危険が含まれているか、そのことをナチスの体験の光の中で見失ってはならない」と述べている、という。

次にフラーは、ハートのいう道德的ディレンマを、一方に於る法という没価値的資料に従うべき道德的義務と、他方に於る正しく好ましいと自らが思うことを為す道德的義務との間で選択を迫られることと解し、これは口先だけで構成されたディレンマである、とする。というのは、ハートの「區別」理論より、法に従う義務とその外の道德的義務との間には何のつながりもなく、従って法に従う義務は、人間生活に通有の法を越えた目標のいかなるものとも全く関係をもたないそれだけに属するもの (sui generis) であって、何らの一貫した意味をもたない。つまり、ハートの「區別」理論によれば、法に従う道德的義務は無内容で、正しいことを為す道德的義務とは何のつながりもなく、両者は真に二律背反するものではない、とフラーはいう。フラーによれば戦後ドイツが直面した真のディレンマは、

ラードブルフが見てとったように、ドイツは法（＝秩序）に対する尊敬と正義（＝良い秩序）に対する尊敬の両者を共に回復しなければならず、しかも両者は相互依存の關係にあるから、^{註1}「秩序」を否定して良い秩序の回復はならず、両者を同時に回復しなければならない、というところにある。

vi 法実証主義の道德的含み

ラードブルフが信じるように、ドイツに於て実践され説かれた法実証主義は、ヒットラーが權力を登りつめたことに對して因果關係をもつか——これはハートですら巻き込まれている汚ない言葉や批難の飛交う際疾い議論の領域である、と前置きしつつ、フラーはその因果關係を肯定する。

ナチス体制の七年前までには、法実証主義はドイツに於て他のどの国に於ても得たことのない地位を得ており、そのような中で自然法理論をとる罪をみとめられることは、一種の社会的不名誉であった。それに加えて、ドイツ人には「定義」をそのまま信じ、それに基づいて行動する傾向があつて、法実証主義の法の定義を實踐した。そこで、「ドイツの法実証主義は、単に法科学から法の道德的目的に関するいかなる考察をも閉め出しただけでなく、私（フラー）が法それ自体の内在的道德と呼ぶことにも又無関心であつた。従つてドイツの法律家は、とりわけ法という名前で呼ばれ、政府の費用で印刷されて「上から下に（von oben herab）」やってくると思われるものを何でも法と受入れがちであつた。」さらにヒットラーは、暴力革命によつて權力の座に就いたのではない。彼が總統となる下地は彼の法務大臣時代に築かれた。即ち、法律家と裁判官によつて守られるべき壘壁が既にほとんど闘争もなく陥落して

いた。——以上のような考察からフラーは、ドイツ法職に通有であった姿勢 (attitudes) はナチスにとって役立った、と示唆することの中には馬鹿馬鹿しさや曲解はない、という。

次に、ハートを始めとする人たちが、密告者に関するいくつかの判決と戦後のラードブルフの諸著作にみられる高次法 (higher law) への言及に失望しているのはよく解るとし、法の内在的道徳に触れる。つまりフラーの考えでは、「もっとドイツ法学が法の内在的道徳に係っていたのなら、(ナチスの法律よりも) もっと邪悪な法律を無効と宣告するに際してすら、「高次法」の概念など何ら持ち出す必要はなかったであろう。名ばかりの法の衣装をまとった独裁制は、秩序の道徳性即ち法それ自体の内在的道徳からあまりにも逸脱してしまいその結果、もはや法体系たることを止める。」「しかし、「法は法である」と言い、しかもそれを本気で言っていた中で育ったならば、一つの法から免がれ得る唯一の道はそれに対して他の法——高次法を発射するしか外にない、と感じるだろう。それ故この高次法という概念は、(ハートたちの) 警告を引き起すのもっともなことであるが、この概念自体、ドイツ法実証主義の時代遅れの果実であろう」と言う。

vii 法規範の解釈の問題——核心部と半影部

フラーはまず、ハートの核心部と半影部の理論を、「言語の意味についての一般理論の基盤に立って、かつてない程簡明な形態に於て提起された全く新しい法解釈理論」であると評価する一方、しかしフラーはこの法解釈理論を支持できない、という。その理由はまず、ハートには解釈の問題はとりわけて個々の単語 (individual words) の意味

によつて決る、という全く誤つた仮説がある。しかし、コモン・ローの規定の適用はそのような過程をとらないし、成文法の場合ですら単語ではなく句、節、法文全体或いはそれ以上に亘つて意味を与えなければならぬ。またハートのあげる事例の「乗り物」が核心的意味をもつとしたら、それは公園の規則の一般の意味についての自明性からくる。即ちその規則の目的について考えるまでもなく知つてゐる、ということと切り離して考えられない、という。

次に、ハートは彼の法解釈理論は、法の客観的な核心的意味を確保することにより、權威をもつ諸規範の体系を創設することができ、従つて法への忠誠理念に貢献すると考えてゐる、とフラーはみる。そこでフラーは、「駅で眠ることを禁じる」成文法の一規定を想定し、「眠る(sleep)」という単語の標準的事例によつて、深夜、遅れた列車を待ちながら通常の身なりでベンチに腰かけ、いびきをかいて「眠つて」いて逮捕された者を罰しないで、眠り込んではいないが、毛布と枕を駅に持ち込んでその準備をしていて逮捕された者(浮浪者)をこの規定の目的に則して罰したら、つまりここに於てハートの法解釈理論を採用しなかつた裁判官は法への忠誠義務に反するか、と問う。

また、法規範中の単語を、その法規範の目的を知ることなしに解釈することが本當に可能かを吟味するために、「全ての改良点(improvements)は即座に……に報告されねばならない」という不完全な法規定を想定する。そしてハートの理論からは、「改良点」は他の単語や文脈と無関係に、つまり欠落部分があつてもその標準的事例には解釈、適用が可能であることになるが、この法規定のままでは、「改良点」は意味をもたないのは明らかである。欠落部分が埋められてはじめて「改良点」は意味をもつ。しかも何が入るか、(例えば、看護婦長、都市計画の立案当局、学校長等)で、「改良点」の意味は全く異なり、これはハートの「半影部」の問題を示すものではない、という。また「改

良点”という単語が充分な意味を得るためには、(病院実務、都市計画、教育等の)一般的文脈に於て解釈するだけでは不充分で、「一体この法規範は何のためのものか、どんな悪を回避しようとするのか、どんな善を促進しようとするのか」まで問わねばならない。つまり、この法規範の起草者たちが、「べきである」と考えていたところを知ることの中で、我々はこの法規範が何”である”か決定すべきであるという。更にこの法文全体の意味は、「改良点”即座”報告”等、全ての語に係っている、つまり、これらの単語は全て部分として観念の単一構造(a single structure of thought)につながっており、解釈過程にあつては相互連関にある、という。ここでフラーは、ハートが、フラーによれば、彼の解釈理論の中心的関心事に「単語(words)”を据えるのに対して”目的(purpose)”及び”構造(structure)”^{註2}を据える。

次いでフラーは、ハートが(アメリカの法理学は)「半影部にあらかじめとらわれている」と批難する現象に触れ、裁判官の法の解釈と適用の仕事は、(ハートはそう考えているようだが)図書館司書の本の分類作業以上のもので、その広範な責務を考える時、解釈の問題は単語一個ではとんと決るようなものではなく、裁判官は幾世代に亘つて、想像上のボーダーラインケースを考えることから多くを学んでいるのであり、ハートの非難はあたらない、という。

最後に、ハートのこの誤った法解釈理論は、ハートが依拠していると思われる言語理論——「意味についての指示理論(the pointer theory of meaning)」に起因する、とフラーはみる。この理論の特色は、単語の意味に及ぼす話者の目的、言語構造の影響を無視ないしは極小化することにある、既にウィットゲンシュタイン、ラッセル、ホワイトヘッドによって否定されている、とフラーはいう。

(1) 法と正義、或いは秩序と良い秩序の相互性につき、フラーは次のように述べている。「我々が秩序を求める時、我々は秩序それ自体は、もしそれが何かにとって善いのではない限り、我々にとって何ら益はない、ということの意味深く思い起すことができる。我々が我々の秩序を善いものにしようと求める時、我々は、正義それ自体、秩序なくして不可能であり、我々は秩序を善いものとする試みの中で秩序それ自体を失ってはならない、ということを感じ起すことができる。」

(2) 本論文に於ては、項目を省いたが、フラーは、その論文の最終項^{viii}実証主義の道德的感情的基盤、に於て、実証主義の基調には法及び法的諸制度の目的論的解釈に対する恐れ、ないしはそれがずっと遠く迄押し進められることに對する恐れがあるとみて、目的論的解釈の行き過ぎを阻むものとしてこの構造の概念をもち出している。そこでは構造について更に、「一制定法又はコモン・ローはそれ自体明白に、或いは他の諸規範との関連に於て何か構造的統一性 (a structural integrity) と呼ばれ得るようなものをもっており、これは我々が制定法 (制定者) の意図を考える時念頭にある。そこで、この『構造』の限度内で裁判官の創造的役割が許され命じられる」と説明されている。

三 フラーによる批判の検討

以下フラーによる「区別」理論批判を再検討する中で、若干の感想、考察を加えたい。

《法への忠誠》 フラーのハート批判を貫く概念は、法への忠誠であり、フラーはこれをハートとの共通関心事としてもち出している。しかしこれは、ハート自身の言葉ではなく、極めてフラーの関心に基づくフラーの言葉であり概念であつて、フラーの批判の立場を示すものである。しかし既にみた、ⁱ法の定義に於るような批判は、法と道德の「区別」をテーマとするハートの論文に對して、「法への忠誠」がテーマとなっていない、と批判するような観があり、批判としては無理と思われる。ただここで、フラーにあつては現実の課題に對し教訓を与え得る法の問題という視点

が重要視されていることが興味深い。

《道徳の定義》 フラーはこの問題の冒頭で、ハートが道徳を大雑把な概念として用い、それが何であるか、即ちその淵源、主張、本質的価値等については述べようと試みないことに不満をもちます。しかし、ハートの論文に於て道徳は、「べきである」判断を示すものの一つとして法の外にあって法についての最終判断を下す基準となる、という点で法と係っている。——これで充分ではないだろうか。むしろ、道徳の内容に立ち到って定義を下さず、悪い道徳まで含めて「べきである」の広汎さを示したことは、人間の自由な思考や判断を保証するという大きな利点があるのではないだろうか。又、たとえハートがフラーの望むような形で道徳の定義を試みたとしても、それは、ハートに於ては法の定義とは別個の理論となると思われる。しかしフラーに於ては事情は別で、道徳の定義は彼の法理論にとっての必要として、フラーの課題となってくる。^{注1}

次にiiに於てフラーが「区別」批判として列挙していることについて言えば、「区別」の形式主義的悪利用は、フラーも認める通りハートの強く否定するところであるし、事実としての法と道徳の一致、相互影響等についてはハートのよく認めるところである。ただハートはそこから、フラーのように理論としての法と道徳の融合を導かないだけである。

《承認のルール》 フラーは、承認のルールの内容を問題として、その効力を正しく必然的であるとの人々の一般的承認から得ている、ということからその内容は道徳のルールであるとするが、これは別々の問題——（承認のルールの）効力の拠所の問題と内容の本質規定の問題——ではないだろうか。それ故、承認のルールは道徳のルールである

と規定し、それ故に法体系が機能している中に法と道德の融合が認められるとフラーが語るためにはもつと論証を要すると思う。しかし、承認のルールの拠所が制定法以外にあるのは明白なようであるし、又それにも拘らずその本質は法のルールである、という論拠はハートの論文からは得られない。ハートは承認のルールの本質規定をしない。——これはフラーに言わせれば、内容の本質規定をすれば道德のルールである^{とせざるを得ないからである}、ということになる。しかしまた、承認のルールの内容の本質規定は、フラーにとっては必要なことであるが、ハートにとっては不必要なのであろう。

《成文憲法》 フラーが言うように、成文憲法が我々に対し、道德原理に対するようなそこに向けての努力を要求する、というのは考えられる。しかしそこから、だから成文憲法は道德原理である、ということにはならないと思われる。又ここでフラーが指摘していることはハートの論文とも矛盾せず、おそらくハートも異論ないと思う。事実、一に於てみた通り、ハートは法体系としての道德的要素の必要不可欠性は充分、事実として認めている。

《法の内在的道德》 法の内在的道德についてハートはほとんど無視する、とフラーは言うが、ハートは、「諸法規範が何人にも基本的な利益や保護を与えることをしていない時、最小限度の法の道德的要請は満されず、その法体系は、一連の意味のない禁止事項の一体と化す。」と語るようによく認めている。ただ、ハートの言葉で言えば、道德を法の意味の一部として「区別」を捨てて取入れることをしないのであり、これは、（そうするのがフラーの立場であるように）ハートの、彼の理由に基づく立場である。次に「区別」理論はナチス体制下「悪法であれ法が存在した」で問題を片づける、とフラーは言うが、「区別」の真価はその次に「しかしあまりに悪であるので従えない」とい

う道德的判断をもち出すところにある。又、現実の課題に対して、どちらがよく法の忠誠理念実現のために役立つ解答を与え得るか、というフラーがしばしば述べる批判がここでも言われている。ハートは、「区別」の実践的価値を証明する中で原理として現実的課題への解答を与えていると思われるが、フラーほど個々の現代の現実的課題例を挙げていない。しかしこれはフラーの言うように、法実証主義者の現実的課題に対する無能を示すものなのだろうか。

《道德上のディレンマ》ハートは、戦後ドイツの判例は、密告者を罰せず放免することと、法体系上の道德原理を犯して遡及効をもつ刑罰の立法によって罰すること、この二つの惡のうちから（惡の少ない方を）選択することを迫っていると解する。そしてこのような状況は、「それがあるがままの姿を自覚して把えるべきである。いくつかの限界点に於て全く不道德なことは法もしくは合法的であり得ない、という原理を用いることの惡は、我々が直面している問題の眞の性質を閉じ込め、我々が究極的に抱く全ての諸価値は一つの体系に合体し、そのいづれも他の価値に順応するように犠牲にされたり妥協させられたりすることはない、というロマンティックな楽天主義を助長するだろうということにある。……このようにおよそディレンマの扱いをあたかも一般的事例の処理であるかのように記述することを許すような問題のあらゆる形式化は確実に間違いでありそこには不誠実がある」と述べる。そこで、フラーの言うディレンマ（二▼参照）は、ハート自身が語るディレンマとは別のことであり、批判のためにハートの理論より形成したものであると言えよう。しかしそれは置くとしても、ハートは法（秩序）への忠誠の道德的義務というようなことは述べていないし、法への忠誠は、フラーの言うような道德的義務として把えられるかどうか議論の余地があると思われる。

《惡法への抵抗》 ハートのいう道德的判断に基づく惡法への抵抗について、それは裁判所には通用しない、というフラーの批判はもつともであると思われる。ハートは、裁判所はこの抵抗の原理をどのように用いるのか説明していない。問題の判例について、この論文に於るハートは遡及立法を採るのであるが、裁判所はそのような選択の根拠としてこの原理に（暗黙に、或いは明示して）訴える、ということなのだろうか。フラーの言うように、確かにこの原理を述べただけでは判決にならないだろう。しかし、市民個人に於る、そして又裁判官個人に於る抵抗の原理としては充分力強さと説得力をもっていると思われる。ここでハートの考えを敷衍すると、この原理に於る道德的判断を支えるものは、さまざまな“べき”であり究極的には各人の判断に委ねられているわけで、市民社会に生きる市民一人一人の自分自身に根拠を置いた固い道德的判断を、ハートは法秩序に於る第一義的なものと考えているように思われる。ここで、抵抗の基盤を各人の道德的判断に求めることは、一見弱そうに思われるかも知れないが、抵抗によって守るべきものとしてハートの念頭にあるものが人間の自由と尊厳である時、尚一層のことそれを守るのは正に守るべきものを基盤にしてこそよく守られるのではないだろうか。また人間の自由と尊厳とはそのようにして守る過程に於てより堅固なものとなる性質をもっていると思われる。

これに対し、フラーの「真に法たるに値しない法」という概念は、フラーによる法の内在的道德の解明⁽²⁾に於て、また、（この論文中で再三述べられているように）ローマカトリックの教義との結合の否定に於て必ずしもハートのいわゆる“一般的に受け入れられる以前に沢山の哲學的諸問題を引き起す”ものではないと思われるが、惡法への抵抗の原理としての力強さと簡明さはハートの原理に及ばないと思われる。しかし又、ハートの原理の実践は、法の強制力

を考える時、現実には、究極的には死を賭さねばならない非常に困難な道となる。そこでこの問題は、更に広い、又深い考察を要すると思う。

《法規範の解釈と適用》　まず、ハートのいうある単語の意味の核心部と半影部というのは、あくまで事例との関連に於る問題であって一単語の意味の核心部と半影部を一般的に問題とするのではないと思われる。それ故、フラーのいう「遅れた列車を待っていて駅で眠ってしまったって逮捕される事例」や「欠落があり意味の定まらない法文の適用事例」はそもそも事例とならずこの問題には係ってこないと思われる。そもそも「事例」となるまでに既に、句、節に亘る法文全体が読まれた上でその事例へのその法文の適用が問題となり、次に特定の単語に疑義が生じることもあるということではないだろうか。たとえば、公園に乗り入れる、乗り物が事例となるのであって、つまり法文全体の文脈に於て読まれた乗り物が問題となるのであって、乗り物だけでは事例にならない。フラーのいう「公園内の台座に据られた動く戦争記念物としてのトラック」についても同様で、この法文にとつての事例としては登場してこないのではないか。そこでフラーの「ハートの解釈理論は単語の意味だけに決定を委ねる」という見方は少々誇張があると思われる。しかし、ここに見られる限りでは、ハートの法規範の解釈理論としての半影部、核心部という理論には更に説明と検討の余地があると思われる。

次にフラーの想定する法文中の「眠る」や「改良点」という単語は、ハートの挙げる「乗り物」とは異なり、それだけでは具体的事物に対応しないと思われる。たとえば「眠る」は少なくとも主体と場所が特定化されて始めて具体的な事例となる。「改良点」については尚更種々の特定化を要する。そこでハートはこれらの単語についてどのような

考えるか分らないが、“乗り物”とは同様に論じないのではないか。これらの抽象的な単語を含む法文の解釈と適用を問題とするなら、それはむしろ最初から全て半影部に於る事例として扱う方が正当な判断ではないだろうか。(ここでは法文の目的、立法者の意図、裁判官の判断等が係ってくることをハートは認める。)

またハートはフラーのいうように裁判官の仕事を図書館司書と同列に考えているかは別として、確かにフラーの言うように、半影部の問題にとらわれ係ることは、司法過程に於る問題に貢献する法哲学の一つの大きな課題として等閑にできないだろう。この点をハートは否定するものではなく、ただ「区別」擁護という論文の目的に於てハートは全ての法規範解釈の問題を半影部に於る問題とすること、そして「区別」の否定を導くことを拒否するのである。これに対しフラーは、「法への忠誠理念」の実現という彼の論文の課題に於て“べき(ought)”に導かれる解釈を主張する。

(1)(2) 「The Morality of Law」L. L. Fuller, 1963 参照。